

CONCRECIONES EN TORNO AL REGISTRO DOMICILIARIO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL *

Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Jaime I. Castellón.

Sumario: I. *Introducción.* II. *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio:* A) Concepto; B) Contenido esencial; C) Transgresiones posibles. III. *Los presupuestos de la entrada y registro domiciliario.* IV. *Ejecución del acto.* V. *Los supuestos especiales:* A) En caso de estado de excepción o de sitio; B) Por motivos de seguridad ciudadana. Nota Bibliográfica.

I. Introducción



AS actividades fundamentales, que no únicas, a realizar en el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) son averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, por un lado, y, por otro, determinar la responsabilidad criminal de quienes aparezcan como sospechosos (art. 299 LECRIM).

* Texto de las palabras pronunciadas por el autor en el Seminario de Profesores de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid, el día 11 de febrero de 1993.

Qué duda cabe que, girando en torno a estas actuaciones, los actos a practicar en el proceso de averiguación pueden ser de muy diversas clases. Una de ellas es la diligencia o acto de investigación de entrada y registro domiciliario, articulado bien como diligencia única o en combinación con otras, como así lo demuestra, no sólo la lógica de la mente humana para perseguir adecuadamente un delito, sino la voluntad del legislador, que en todos los países más cercanos de nuestro ámbito cultural prevé una regulación específica al respecto: así, en general, los párrafos 102 y ss. StPO alemana, los artículos 247 y ss. CPP italiano, y los artículos 545 y ss. LECRIM española. La diligencia de entrada y registro domiciliario requiere analizar metodológica y sistemáticamente tanto sus presupuestos de adopción, como su ejecución, y en España, además, sus supuestos especiales, dentro del encuadre legal y finalidad perseguida con ella, pues el registro domiciliario sólo es una parte de una diligencia más general, aunque en nuestra opinión la más importante.

Esto se traduce, además, en que, como la mayor parte de los actos de investigación afectan a derechos fundamentales, los presupuestos, la ejecución y los supuestos especiales no puedan ser analizados más que a la luz de la Constitución. La diligencia de entrada y registro domiciliario no es una excepción, es decir, es un acto garantizado constitucionalmente, por lo que fijar el contenido esencial del derecho y sus límites es básico y presupuesto del estudio de la regulación ordinaria.

No es posible tampoco olvidar, aunque no sea el momento de entrar en un análisis más detenido, que estamos ante una diligencia que puede ser tanto un acto de investigación, como un acto de prueba, dadas las peculiaridades legales españolas, cuya LECRIM regula y distingue perfectamente ambos conceptos. Nosotros nos vamos a fijar en la medida de investigación exclusivamente, sin que falte alguna referencia a su valor probatorio futuro.

Finalmente, en cuanto tal acto, es de los que doctrinalmente se llaman “indirectos”, pues con la entrada y registro domiciliario lo que se pretende no es averiguar directamente los hechos y quiénes los han podido cometer, sino obtener otro medio de investigación, buscar y adquirir información y vestigios del delito, o detener al posible sospechoso para interrogarle si se sabe que está en el domicilio a registrar, o que pudiera estar.

II. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

El Estado de Derecho consagrado por el artículo 1.1 CE exige que el proceso penal español sea consustancial con él. Esto significa en numerosas

aspectos una evidente tensión, pues al lado de la obligación del Estado de perseguir los delitos y castigarlos (*ius persecuendi atque puniendi*), los ciudadanos tienen garantizados determinados derechos frente al Estado, que entran en colisión frecuentemente.

Ello sucede siempre que para averiguar la verdad, lo realmente ocurrido, con relación a los hechos punibles, sea necesario practicar actos de investigación que afecten a esos derechos de protección especial. Dicho con otras palabras, cuando la investigación criminal tiene que invadir la esfera personal garantizada y tutelada privilegiadamente por la Constitución que significan los derechos fundamentales, es el propio Estado de Derecho el que tiene que regular los límites de la investigación, de manera que, o bien no permita en ningún caso alterar el contenido esencial del derecho fundamental, o bien lo permita fijando exactamente las coordenadas, traspasadas las cuales triunfa la protección del individuo frente a los intereses del Estado.

Todas esas medidas de investigación que afectan de alguna manera a los derechos fundamentales están desarrolladas por la LECRIM, o en leyes extravagantes, pero el principio asumido por el Estado de Derecho debe ser claro: como ha dicho con insuperable acierto el Tribunal Supremo Federal alemán, en su sentencia de 14 de junio de 1960, “no es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”.

Las consecuencias son, pues, dos: fijar el legislador constitucional exactamente qué derechos fundamentales protegen al ciudadano ante una investigación criminal, y establecer con igual claridad los límites entre los que se puede mover, de un lado, el legislador ordinario a la hora de regular los actos del procedimiento preliminar que afectan a los derechos fundamentales, y, de otro, el Juez a la hora de ordenarlos y ejecutarlos.

La inviolabilidad del domicilio es, en este sentido, un derecho fundamental que puede quedar afectado por una investigación judicial sobre hechos criminales, no sólo en España, sino también en Alemania y en Italia:

a) *Artículo 18.2 CE de 1978:*

“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

b) Artículo 13 "Grundgesetz" alemana de 1949:

"1) El domicilio es inviolable.

2) Los registros no podrán ordenarse sino por el Juez, y en caso de peligro por el retraso, también por los demás Organos previstos en las leyes únicamente en la forma por ellas previstas.

3) En los restantes casos, sólo podrán adoptarse medidas que afecten a dicha inviolabilidad o la limiten, en defensa ante un peligro común o para la vida humana; en virtud de una ley, tales medidas podrán también adoptarse con el fin de prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden público, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro."

c) Artículo 14 "Constituzione" italiana de 1947:

"El domicilio es inviolable.

No se podrán realizar en él reconocimientos, registros o aprehensiones, salvo en los casos y en la forma establecida por la Ley, según las garantías prescritas para la tutela de la libertad personal.

Las indagaciones y las inspecciones por causa de sanidad o de orden público, o con fines económicos o fiscales, serán reguladas por leyes especiales."

Finalmente, tal derecho se encuentra también reconocido por *textos internacionales*, concretamente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

A) Concepto

El concepto del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio se halla analizando la doctrina del TC respecto al mismo, que puede sintetizarse en los siguientes puntos de interés:

1) El *concepto de domicilio* a los efectos del artículo 18.2 CE no es el previsto legalmente en el artículo 40 CC, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones, sino que

es instrumental, es decir, domicilio es el lugar en el que la persona defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Relacionada vida privada (art. 18.1 CE), con protección del domicilio (art. 18.2 CE), el concepto constitucional es, pues, más amplio (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2.º), ya que se refiere al lugar en que habita una persona por cualquier título legítimo.

La Jurisprudencia del TC ha tenido ocasión con posterioridad de precisar el concepto de domicilio en algún caso concreto, verbigracia, lugares que lo son en terrenos de propiedad privada (STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 6.º), y, por su parte, el TS ha desarrollado esta doctrina correctamente, puesto que ha precisado, por ejemplo, cómo se puede acreditar que un ático es vivienda permanente o fija, o no (S. 7 de diciembre de 1982, RA 7911), o ha entendido que las partes anexas de un edificio forman parte de él (S. 27 de diciembre de 1989, RA 9800); o las habitaciones de hoteles, pensiones o fondas (SSTS de 14 de enero de 1992, RA 154), etc.

2) El concepto de domicilio al que se refiere el artículo 18.2 CE *se extiende* tanto al de las personas físicas como al de las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 3.º).

Se resuelve así jurisprudencialmente un tema conflictivo, aunque la CE debería haber previsto algo parecido a lo que dice el artículo 19, apartado 3), *Grundgesetz* alemana: “Los derechos fundamentales regirán también para las personas jurídicas nacionales, en tanto que por su naturaleza les sean aplicables.”

3) El artículo 18.2 CE contiene, según la STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 5.º), cuya doctrina ha sido corregida, pero en una parte que no nos afecta ahora, por la STC 160/1991, de 18 de julio (FJ 8.º y 9.º), dos *reglas* distintas:

a) En la primera, de carácter general, se protege la inviolabilidad del domicilio con carácter de derecho fundamental, a efectos de garantizar el espacio en el que la persona ejerce su privacidad y libertad más íntima, frente a invasiones o agresiones de otras personas o de la Autoridad pública, sean del tipo que sean, es decir, mediante la efectiva entrada o mediante aparatos que técnicamente puedan descubrir lo que ocurre en el domicilio.

No es, sin embargo, un derecho fundamental que no permita su decaimiento, pues según la propia doctrina constitucional y ya desde sus primeras sentencias, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados, estando sujeto su ejercicio a límites, en unos casos fijados por la propia CE, en otros por la legislación ordinaria para garantizar precisamente otros de-

rechos fundamentales (véase últimamente la STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.º).

b) En efecto y por esto mismo, en la segunda regla contenida en el artículo 18.2, más concreta, se establecen dos límites que condicionan la entrada y registro domiciliario, a saber, el consentimiento del titular del domicilio o la resolución judicial.

Es cierto que el auténtico derecho requiere de un acto instrumental, la entrada, pero en cuanto tal está protegida constitucionalmente. Por ello, cuando por fines de pesquisa o inquisición, cual ocurre en el proceso penal, haya que entrar en un domicilio para registrarlo, la CE exige, en primer término, el consentimiento del titular, expreso o tácito, y si no se produce, una orden o resolución expresa del Juez autorizándolo, no una decisión judicial genérica que pudiera conllevar la entrada y registro.

Estas limitaciones ceden, por así disponerlo expresamente la CE, ante la persecución de un delito flagrante y, aunque no lo diga la CE, ante cualquier causa de justificación, por ejemplo por estado de necesidad, como es lógico, no siendo necesario ni solicitar inicialmente el consentimiento del titular, ni en su defecto o por razones de investigación penal firmar la correspondiente resolución judicial.

4) La única *Autoridad competente* para ordenar con carácter expreso la entrada y registro domiciliario es, en principio (v. *infra*), la judicial, que lo acuerda mediante resolución, plasmándose así su condición de garante de dicho derecho fundamental (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3.º, IV; 144/1987, de 23 de septiembre, FJ 2.º, III; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7.º).

La intervención judicial, no dándose el consentimiento del titular, ni tratándose de un delito flagrante, es de carácter preventivo, destinada a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y no a reparar su violación cuando se produzca (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8.º).

La orden judicial (auto) es título bastante para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 18.2 CE, y debe ser en todo caso previa a la entrada y registro domiciliario, sin que se necesite su reiteración posterior una vez haya alcanzado firmeza (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8.º y 9.º).

B) Contenido esencial

A la vista de las anteriores consideraciones, el *contenido esencial* del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es decir, aquella parte

sin la cual el derecho no es identificable, y también sin la que su titular deja de poder obtener la satisfacción del interés para cuya consecución el derecho se ha otorgado, en el sentido expresado por la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8.º y 10.º), gira en torno a estas tres cuestiones:

1.ª *Derecho a la protección estable del domicilio*: El concepto de domicilio establecido en el artículo 18.2, en tanto en cuanto es jurídicamente protegible, es el constitucionalmente fijado por la doctrina del TC con carácter amplio, a interpretar en relación con la privacidad y protección de la libertad íntima y familiar del artículo 18.1.

No distinguiendo la CE, ni tampoco la LECRIM, hay que entender, salvo lo que decimos inmediatamente, que la protección estable significa que el domicilio se encuentra jurídicamente tutelado siempre, es decir, las veinticuatro horas del día, todos los días del año, esté habitado o no en el momento de efectuar la entrada y registro, siempre que tenga la categoría de tal.

2.ª *Derecho a la protección estable del domicilio con carácter limitado*: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no tiene carácter absoluto, pues cede ante las limitaciones fijadas en el propio texto constitucional: consentimiento del titular expreso o tácito, autorización judicial previa y firme, o sin que concurra ninguna de las dos anteriores, persecución de delito flagrante, a las que hay que añadir, por ser de creación jurisprudencial, la urgencia que provoca el estado de necesidad.

3.ª *El derecho a que la ejecución de la entrada y registro domiciliario se realice con todas las garantías restantes constitucional y ordinariamente exigibles*: Además de concurrir los anteriores presupuestos, el acto de la entrada y registro debe realizarse con todas las garantías adyacentes, previstas en la Constitución o en la legislación ordinaria. Por tanto, a los efectos de un proceso penal, debe ejecutarse cumpliendo todas las disposiciones de la LECRIM que no se opongan a la CE, particularmente las relativas a los presupuestos ordinarios del registro y a la asistencia de las personas fijadas legalmente (v. *infra*).

C) Transgresiones posibles

De esta manera, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio resultaría transgredido en los siguientes seis casos:

1.º *Cuando se entra en el domicilio y no se está en situación amparada por la Constitución*. Aunque se trate de dos medidas, entrada y registro, la

violación del derecho fundamental se produce sencilla y llanamente “entrando” en el domicilio, siendo ilegal, además de la entrada, todo lo que ocurra después, haya registro o no, haya detención o no, estén o no envenenados los frutos del árbol de por sí ya ponzoñoso, en el sentido del artículo 11.1 LOPJ.

2.º Cuando se entra en el domicilio *sin el consentimiento de su titular*, que está presente, y no se está en situación amparada por la Constitución. Con el consentimiento del titular, la entrada y registro es válida y constituyen los resultados obtenidos en principio material de investigación y, en su día, material probatorio, debiendo respetarse todas las disposiciones de la LECRIM respecto a su ejecución.

3.º Cuando se entra en el domicilio, no existiendo ni el consentimiento del titular, ni ninguna otra causa amparada por la Constitución, *sin autorización judicial expresa*. Existiendo autorización judicial expresa, la entrada y registro es válida, produciéndose los efectos acabados de mencionar.

4.º Cuando se entra en el domicilio, sin consentimiento del titular y sin autorización judicial, *no siendo el delito flagrante* (sobre la grave problemática que plantea este concepto, v. *infra*). Siendo el delito flagrante no se requieren ni el consentimiento del titular ni la autorización judicial, por lo que la entrada y registro son válidas, produciéndose los efectos antedichos.

5.º Cuando se entra en el domicilio, sin consentimiento del titular, sin autorización judicial, sin ser el delito flagrante, y *sin existir causa de justificación*. Dándose, por ejemplo, estado de necesidad (atentado terrorista que deja en peligro de derrumbe una casa), la entrada y registro son válidas, produciéndose los efectos antedichos.

6.º Cuando, dándose cualquiera de los presupuestos que legitiman constitucionalmente la entrada en el domicilio, el registro se practica, ello no obstante, con *violación de una norma esencial prevista por la legislación ordinaria*, fundamentalmente la LECRIM. Este tema es más complejo, puesto que cualquier infracción no puede ser causante de nulidad, de manera que habrá que entender que nos estamos refiriendo a transgresiones de las normas ordinarias que significan garantías para las partes, por ejemplo, de los artículos 546, 550, 511, 553 o 566 (presupuestos), o de los artículos 563 y 569 (órganos y personas que intervienen en su práctica). *Vide* sobre esta cuestión *infra*.

III. Los presupuestos de la entrada y registro domiciliario

La *regulación legal* de esta diligencia se contiene dentro de la medida más amplia de entrada y registro de lugar cerrado, prevista en los artículos

545 a 572 LECRIM, en el artículo 21 LO 1/1991, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana (LSC), y en el artículo 17.1 LO 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de excepción, alarma y sitio (LEAS). No consideraremos aquí las disposiciones previstas en la legislación procesal penal militar (véanse arts. 185 a 187 LPM de 1989).

El entendimiento, consiguientemente, de la entrada y registro domiciliario difícilmente puede alcanzarse prescindiendo de la consideración global del acto de investigación sumarial de entrada y registro en lugar cerrado. Por ello, analizaremos la medida general, en tanto en cuanto sirve para entender la medida concreta.

El *concepto* y *objeto* de la entrada y registro son sencillos de definir. En general, la entrada y registro en lugar cerrado es el acto de investigación consistente en la penetración en un determinado recinto aislado del exterior (en nuestro caso, en un domicilio), con la finalidad de buscar y recoger fuentes de investigación, o la propia persona del imputado para detenerlo, y, en su caso, decretar en su contra la prisión provisional.

Por lo que atañe a las cosas a registrar, el principio de proporcionalidad debe tener aplicación aquí, como en el Derecho alemán, en el sentido de afectar el registro sólo a aquellos objetos que estén en relación con la causa.

Con esto queda patente que la búsqueda de fuentes de investigación puede consistir en recoger u ocupar cosas, que son secuestradas judicialmente a los efectos de la investigación penal, con lo cual puede quedar afectado el *ius disponendi*.

Son dos diligencias en una, es decir, se ordena y practica una entrada, y se ordena y practica un registro, pero íntimamente unidas, pues se entra en el lugar cerrado para registrarlo o detener a una persona.

Pero tratándose exclusivamente de entrada y registro de un domicilio, existe un matiz importante, recordemos, porque el acto de investigación no es sino la limitación, legalmente establecida y desarrollada, del derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio, justificada por el cumplimiento de determinados fines del proceso penal (art. 18.2 CE), y también, en mayor o menor medida, la limitación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Para que el acto de entrada y registro se verifique de acuerdo con la ley deben concurrir determinados *presupuestos*, de manera que si no se dan, además de las consecuencias procesales que aquí hemos visto y veremos, podemos estar ante la comisión de un delito (arts. 191-1.º y 2.º; y 492 bis CP).

Es muy importante, a efectos de una correcta sistematización de la regulación legal, distinguir detalladamente dos grupos de supuestos, en aten-

ción a la exigencia o no de estos requisitos previos respecto al acto de entrada en lugar cerrado:

A) En algunos casos la entrada en domicilio o lugar cerrado *no se somete a requisitos previos de carácter formal*, sino que la Policía Judicial puede realizarla sólo con que se dé alguno o algunos de los enunciados que expresa la ley. Se trata de supuestos en función de características subjetivas del delincuente, que giran en torno a un concepto práctico de situación de flagrancia o necesidad ordinaria, distintos a los casos especiales que veremos al final de este escrito, que contemplan situaciones objetivas en torno a flagrancia o necesidad especial (estado de excepción o sitio y seguridad ciudadana, véase *infra*), y que se regulan en el artículo 553, I LECRIM (modificado por LO 4/1988, de 25 de mayo), con base a la puerta abierta en este sentido por el artículo 18.2 CE. Son los siguientes:

1. Cuando exista mandamiento de prisión contra una persona y trate de realizarse su captura;
2. Cuando alguien sea sorprendido en flagrante delito;
3. Cuando una persona inmediatamente perseguida por la Policía Judicial se oculte o refugie en alguna casa;
4. Cuando se trate de persecución de presuntos *terroristas o rebeldes*, en caso de excepcional o urgente necesidad.

La Policía Judicial debe dar cuenta inmediatamente al JI del registro efectuado, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados probatorios obtenidos, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hayan producido, comunicando igualmente las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos (art. 553, II LECRIM).

B) Salvo en los supuestos anteriores, *la entrada y registro ha de ser precedida por determinados requisitos*, que, a su vez, pueden ser generales o especiales, según la cualidad del lugar cerrado en el que haya de entrarse.

1. *Presupuestos generales*: Son que se tengan indicios de que en el lugar se encuentra el procesado, o de que hay efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación (art. 546 y art. 550 LECRIM, en lo que afecta de la remisión); y auto del JI acordando la práctica del acto (arts. 564, II y 566, I LECRIM).

El auto es la forma que ha de adoptar la resolución del Juez, pero no siempre resulta necesario, puesto que el registro y previa entrada pueden efectuarse mediando solo consentimiento o autorización de la persona interesada, como sabemos y tendremos ocasión de citar de nuevo.

2. *Presupuestos especiales*: Hay que distinguir entre edificios o lugares públicos oficiales, no oficiales, religiosos, de particulares y asimilados, o cualificados por normativa internacional:

1) *Edificio o lugares públicos oficiales*: Se reputan, a los efectos de la entrada y registro, edificios o lugares públicos oficiales:

1.º Los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia, o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o las de la conservación y custodia del edificio o lugar (art. 547-1.º LECRIM);

2.º Los buques del Estado (art. 547-4.º LECRIM);

3.º Es posible que algunos de los incluibles en la regla tercera del artículo 547 LECRIM también lo sean (“cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el art. 554”).

Los presupuestos son:

a) Oficio del Juez a la Autoridad o Jefe de la que dependan en la población esos edificios (art. 564, I LECRIM); y, tratándose de buques, oficio al comandante del barco estatal (art. 564, III LECRIM);

b) Si los destinatarios del oficio no responden en el plazo que se fije, se notifica el auto al encargado de la custodia del edificio o al comandante del buque, según los casos (art. 564, II LECRIM); y

c) Especialmente, para la entrada y registro del Palacio de las Cortes o del Senado se requiere autorización de su Presidente respectivo (art. 548 LECRIM).

2) *Edificios o lugares públicos no oficiales*: Son los del número 2 del artículo 547 LECRIM (“los que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fuesen o no lícitos”), y algunos otros incluibles dentro de la fórmula general del artículo 547-3.º LECRIM. A estos efectos, el artículo 557 LECRIM se encarga de distinguir, respecto de determinados lugares, en qué aspecto se consideran públicos, y en qué otros se les considera domicilios.

El presupuesto es que se requiere notificar el auto a la persona que se halle al frente del lugar o lo represente (art. 565 LECRIM).

3) *Edificios o lugares religiosos*: Hay que estar a los Acuerdos con la Santa Sede (art. 1.5 Acuerdo de 3 de enero de 1979), para la religión católica;

o a la disposición del artículo 549 LECRIM para los demás cultos (también, art. 23 LO 7/1980, 5 julio, de Libertad Religiosa).

4) *Domicilios de particulares y asimilados*: Se reputan domicilio a los efectos de entrada y registro (art. 554 LECRIM): 1.º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro; 2.º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia; y 3.º Los buques nacionales mercantes.

Sus normas particulares son las siguientes:

a) *Palacios y sitios reales*: El Juez debe solicitar licencia, para proceder a la entrada y registro, del Rey, por conducto del Jefe de la Casa Civil de Su Majestad (art. 555 LECRIM); y si no estuviese el Rey, será necesaria la licencia del Jefe o empleado del servicio de Su Majestad que tuviere a su cargo la custodia del edificio, o la del que haga sus veces cuando se solicitase, si estuviere ausente (art. 556 LECRIM).

b) *Domicilios de particulares*: Los presupuestos ordinarios son los siguientes, teniendo en cuenta las consideraciones constitucionales inicialmente efectuadas:

1.º Consentimiento del interesado, conforme se previene en el artículo 18.2 CE (art. 550 LECRIM), el cual puede presumirse si no alega derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 551 LECRIM).

2.º Si se niega, sólo puede procederse a la entrada, notificándose en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes el auto motivado, que deberá contener las circunstancias del artículo 558 (arts. *in fine* y 566 LECRIM).

3.º En cualquier caso, siendo el delito flagrante o existiendo necesidad no se exige ninguna de los requisitos anteriores (art. 18.2 CE y véase también *infra*).

5) *Lugares especialmente cualificados por las normas de Derecho Internacional*: Hay que distinguir varios supuestos:

a) *Edificios destinados a habitación y oficina de los representantes (embajadores) de naciones extranjeras acreditadas ante el Gobierno español*: teniendo en cuenta el artículo 31 del Convenio de Viena de 1961, y el artículo 23 del Convenio, también de Viena, de 1975, el Juez debe pedir la venia al representante diplomático, con el ruego de que la dé en el término de doce horas (art. 599 LECRIM). Si no lo hiciere en ese plazo, o si se negase, el

Juez lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia, no pudiendo actuar sin resolución del Ministro, aunque adoptará las medidas de vigilancia del artículo 567 (art. 560 LECRIM).

b) Edificios destinados a oficina de cónsules extranjeros: El artículo 562 LECRIM sólo establece que deberá pasárseles previamente recado de atención. Pero el artículo 31.2 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, de 24 abril 1964, establece que las Autoridades del Estado no pueden penetrar en la parte de los locales consulares destinada al trabajo de la oficina consular sin consentimiento del jefe de la oficina, de la persona que éste designe o del jefe de misión diplomática del Estado que envíe (sólo para funcionarios consulares de carrera).

c) Buques extranjeros: Se precisa autorización del capitán o comandante, según fuera mercante o de guerra, que puede suplirse por la del cónsul (mercante), o jefe (embajador) de misión diplomática, si se trata de un buque de guerra (art. 561 LECRIM).

d) Aeronaves civiles extranjeras: El artículo 16 de la Convención de Chicago sobre aviación civil internacional, de 7 diciembre 1944, establece el derecho de registro de aeronaves de los Estados contratantes, a su entrada y salida de los aeropuertos, debiendo procurarse el evitar retardos innecesarios.

IV. Ejecución del acto

La LECRIM establece en cuanto a la ejecución de esta medida las siguientes normas:

A) *Medidas de aseguramiento del acto*: Acordada la entrada y registro, se han de adoptar las medidas adecuadas para que no se fruste el fin de la misma, es decir, las que tiendan a evitar la fuga de la persona buscada o la sustracción de los objetos que se buscan. Estas medidas deben adoptarse:

1. Antes de que empiece la práctica del acto ("medidas de vigilancia", art. 567 LECRIM); o entretanto el Ministro de Justicia autoriza al Juez a que entre en la representación diplomática (art. 560 *in fine* LECRIM).

2. Cuando se suspenda temporalmente la práctica del acto, de acuerdo con los presupuestos de los artículos 570 y 571 LECRIM (expiración del día y no consentimiento del interesado, salvo en el supuesto de los arts. 546 y 550), las medidas a adoptar consisten en cerrar y sellar el local o los muebles aún no registrados, previniéndose a los que se hallasen en el lugar de que

no levanten los sellos ni violenten las cerraduras, bajo la responsabilidad que establece el art. 365 CP (art. 570 LECRIM).

B) Organos y personas que intervienen en su práctica:

1. *Competente* para realizar la entrada y registro es el JI, si el proceso se encuentra en su fase preliminar, o el Tribunal, si es competencia suya o el proceso se encuentra en fase de juicio oral ante él, que conozca de la causa (arts. 546 y 550 LECRIM).

El órgano jurisdiccional puede encomendar su práctica, mediando la cooperación jurisdiccional, a otra Autoridad judicial, o a un funcionario de la Policía Judicial (art. 563, I LECRIM).

Es dudoso que la entrada y registro pueda ser acordada por el Ministerio Fiscal, aunque pueda ser Autoridad competente para las diligencias previas conforme al artículo 785 bis LECRIM, dado que sólo el Juez puede acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales, pero ese precepto no lo prohíbe, e incluso permite que delegue en la Policía Judicial, con base además en el artículo 446.1 LOPJ, y en los artículos 3.5 (a favor) y 5, II (parece que en contra) EOMF.

Desde luego, el artículo 18.2 CE se refiere a resolución judicial, argumento decisivo, según GIMENO, para manifestarse en contra de la posibilidad de que la orden provenga de Autoridad distinta a la judicial, pero no hay que olvidar que en caso de delito flagrante, delito de terrorismo, delito de rebelión, estado de necesidad, estado de excepción y estado de sitio, la orden para entrar y registrar no la da un Juez, lo que son de por sí demasiadas excepciones, que tratamos en este artículo.

La autorización debe efectuarla por medio de auto, que es la resolución motivada apropiada. Sin dicho mandamiento, la entrada y registro son nulas (STS de 14 de enero de 1992, RA 154, entre otras muchas). Llamamos la atención sobre el requisito de la motivación, porque de la doctrina constitucional se desprende claramente que en la resolución el JI debe manifestar, escueta o ampliamente, que la decisión adoptada responde a determinados hechos punibles que deben ser investigados en un proceso penal incoado, de manera que el auto debe expresar en base a qué razones considera necesario el JI la entrada y registro en el domicilio (véase STC 176/1988, de 4 de octubre; y STS de 23 de junio de 1992, RA 5831).

En el *Derecho alemán e italiano* la situación es, en principio, similar, puesto que la entrada y registro domiciliario es ordenada por el Juez (y téngase en cuenta que en Alemania instruye la causa el Ministerio Fiscal), y en caso de

peligro por el retrato, es decir, por motivos de urgencia, el Ministerio Fiscal o cualquiera de sus ayudantes, a saber, la Policía Judicial [párrafo 105, apartado 1) StPO]; en Italia, el registro domiciliario se ordena por el Juez, quien podrá delegar en la Policía Judicial su ejecución (art. 247.2 y 3 CPP), teniendo en cuenta que instruye la causa también el Ministerio Fiscal, del que depende la Policía Judicial. En ambos casos, la intervención judicial se produce al estar afectados derechos fundamentales de los ciudadanos, imputados o no.

2. Según el artículo 569 LECRIM, deben *presenciar el acto del registro* las siguientes personas:

1) El Secretario judicial, por ser el depositario de la fe pública judicial (art. 281.1 LOPJ) o, si así lo autoriza el JI, un funcionario de la *Policía Judicial*, u *otro funcionario* que haga sus veces (generalmente, el oficial del Juzgado), debiendo documentarse posteriormente el acto (art. 569, IV, reformado por Ley 10/1992, como consecuencia de la Jurisprudencia contradictoria al respecto, véase, a favor de la nulidad sin asistencia del Secretario fundamentada en el artículo 238-3.º LOPJ, SSTS de 29 de enero de 1991, RA 455, y de 24 de enero de 1992, RA 2431, entre otras muchas; en contra, SSTS de 30 de noviembre de 1990, RA 9257, y de 8 de marzo de 1991, RA 1991, entre otras); y a favor de la nulidad, pero declarando válidas otras pruebas obtenidas, STS de 25 de mayo de 1992, RA 4334, también entre otras; finalmente, puede verse un resumen de la cuestión en dos SSTS de 7 de abril de 1992, RA 2863 y 2864).

Toda la problemática suscitada a este respecto nos parece fuera de contexto, porque en principio que esté presente o no el Secretario para nada afecta a la legitimidad y regularidad del acto, a pesar de la disposición del artículo 321, I LECRIM, demasiado general como para no admitir excepciones, y *ex lege* el Secretario sigue pudiendo estar según la reforma, ni tampoco que lo practique la Policía Judicial. De hecho, el propio TC, en sus AA 349/1988, de 16 de marzo, y 63/1991, de 11 de febrero, había dicho que la inasistencia del Secretario no atacaba a ningún derecho fundamental, dando validez a la práctica habitual al respecto.

El problema es otro de muy distinta naturaleza, a saber, si en la ejecución de la entrada y registro domiciliario se violan derechos fundamentales, y entonces entraría en juego el artículo 11.1 LOPJ, que plantea temas muy diferentes a la finalidad de la reforma. Puestos a dotar el acto de las mayores garantías posibles, la presencia del JI habría debido ser inexcusable en todo caso, pero, claro, en perjuicio de otras investigaciones ante la frecuente “pér-

dida de tiempo" que esto puede suponer, sobre todo estando el Juzgado de guardia.

Todo ello sin olvidar que en los casos importantes de seguridad ciudadana, esta disposición carece de valor, pues no es necesaria ni la resolución judicial (art. 21 LSC, véase *infra*);

2) El *interesado* (que puede ser el imputado o no) y, subsidiariamente, la persona que legítimamente le represente. Si no quiere concurrir y no nombrase representante, se hará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si no la hubiere, a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo. La resistencia de estas personas a presenciar el registro puede dar lugar a responsabilidad por delito de desobediencia grave a la Autoridad (art. 569, V LECRIM), pero la presencia de estos dos testigos no parece necesaria hoy, atendiendo el texto del art. 281.2 LOPJ (véase STS de 3 de febrero de 1992, RA 870). En el caso de que el interesado sea el imputado, véase *infra*.

La reforma antedicha ha suprimido la necesidad de que presenciaran el registro dos *testigos* (además de las personas mencionadas), distintos a los anteriores y contenida en el modificado artículo 569, IV. Esto es un error en nuestra opinión, porque su asistencia se justificaba como uno de los puntos garantistas clave, ya que nada tienen que ver con el proceso penal incoado.

De cualquier modo, para que pueda causar efectos jurídicos en la sentencia, la declaración en el juicio oral como testigos de los funcionarios de Policía Judicial que hayan practicado el registro debe ser imprescindible (véase, entre otras muchas y últimamente la STS de 7 de abril de 1992, RA 2864).

Obsérvese que nada dice la Ley sobre la presencia del *imputado* y de su *Abogado* durante la ejecución de la entrada y registro domiciliario, sea o no el titular o interesado. Inicialmente, y de acuerdo con el principio de contradicción del artículo 24 CE, incorporado a la LECRIM en diferentes reformas posteriores, nada habría que objetar a la participación de ambos cuando no esté declarado el secreto del procedimiento preliminar (véase art. 302, II LECRIM), y siempre que el imputado esté físicamente disponible, es decir, pueda ser llevado a presenciar el acto del registro, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando está detenido o en prisión provisional. No descuidemos tampoco que tiene plena vigencia el derecho constitucional de defensa del artículo 24 CE.

Pero mucho nos tememos que esta respuesta sea puramente teórica, pues estamos de acuerdo con ORTELLS cuando afirma que la necesidad de proceder con urgencia en estos casos para la mejor efectividad de la investigación, puede dificultar de hecho su intervención. No es nada claro en

consecuencia, ponderando otros principios constitucionales de mayor jerarquía en este punto, como el derecho del Estado de perseguir el delito, o el propio principio de legalidad, y teniendo en cuenta que ya intervienen otras personas en su práctica, que estemos ante una causa de nulidad, ni siquiera de anulabilidad.

C) *Forma de practicar el acto:* La forma de practicar la entrada y registro en cada caso concreto es un problema de técnica policial, que debe resolverse según las circunstancias del caso, pero la LECRIM da unas normas generales a tener en cuenta:

1. Cumplidos los requisitos previos a la entrada, puede procederse a efectuarla incluso con el auxilio de la fuerza (art. 568 LECRIM).

2. Deben evitarse las inspecciones inútiles, procurando no importunar al interesado más de lo necesario, adoptándose precauciones para no comprometer su reputación, y respetando sus secretos si no interesan a la instrucción (art. 552 LECRIM). Téngase en cuenta que si se cometiera alguna vejación injusta en las personas o daño innecesario en los bienes, ello constituiría el delito del artículo 191-3.º CP.

3. El Juez recogerá los instrumentos y efectos del delito, los libros, papeles y demás cosas de interés para el sumario. Los libros y papeles serán foliados, sellados y rubricados por los que hubieran asistido al registro (art. 574 LECRIM).

D) *Hora de la diligencia:* Influye la circunstancia de ser de día o de noche cuando el registro se practique en edificios públicos o domicilios:

1. Tratándose de edificios o lugares públicos, el registro puede practicarse, indistintamente, durante el día o durante la noche (art. 546 LECRIM).

2. Tratándose de domicilios, la entrada sólo puede efectuarse durante la noche si lo hace necesario la urgencia del caso (arts. 184.1 LOPJ y 550 LECRIM). En los casos normales, si llega la noche (veinte horas: art. 182.2 LOPJ) antes de la terminación del registro, éste deberá suspenderse, salvo que el interesado o su representante consientan la continuación o le haga necesaria la urgencia (art. 570, I LECRIM). Por último, la circunstancia de que pueda practicarse o continuarse de noche ha de expresarse en el auto (art. 558 LECRIM).

E) *Documentación del acto:* El Secretario extenderá diligencia de la entrada y registro en lugar cerrado, la cual contendrá los siguientes extremos:

1. Personas que hubieren practicado el registro;
2. Personas que lo hubieren presenciado;
3. Incidentes ocurridos;
4. Horas en que empezó y terminó;
5. Relación del registro por el orden en que se hizo; y
6. Los resultados obtenidos (art. 572 LECRIM).

El acta correspondiente será firmada por todos los concurrentes (art. 569, IV *in fine* LECRIM).

Si no hubieran aparecido las personas u objetos buscados ni otros indicios sospechosos, se expedirá certificación del acta a la parte interesada si la reclamase (art. 569, VI LECRIM).

Naturalmente, no asistiendo el Secretario, quien en su acta da fe de lo ocurrido y por ella obtiene el Tribunal su valoración (la Jurisprudencia citada en este artículo habla en estos casos de “prueba preconstituida”), las personas que hayan asistido a su práctica (Policía Judicial, agente judicial, etc.) están igualmente obligadas a cumplir con el artículo 572 LECRIM, y deben declarar como testigos en el juicio oral para que su percepción se convierta en prueba a los efectos del artículo 741, I LECRIM, conforme a lo dicho *supra*.

F) *Efectos*: Son muy claras atendidas las consideraciones efectuadas hasta ahora, puesto que si la entrada y registro se han realizado violando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y/o el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en cualquiera de los casos anteriormente analizados, los resultados probatorios obtenidos no surtirán efecto alguno, de conformidad con lo establecido por el artículo 11.1 LOPJ.

Si los derechos fundamentales han sido respetados, los resultados probatorios se incorporarán a la causa, primero como actos de investigación, y más tarde como actos de prueba, según los casos bien mediante lectura documental, bien mediante declaración testifical, siendo valorados por el órgano jurisdiccional competente para el juicio oral libremente (arts. 717 y 741, I LECRIM).

V. Los supuestos especiales

Hay que hacer referencia a los casos de entrada y registro en lugar cerrado (domicilio) estando declarado el estado de excepción o de sitio, y por motivos de seguridad ciudadana, pues son los únicos que tienen naturaleza procesal, y no siempre.

Por ello, no consideramos ahora como casos especiales los previstos en el artículo 553 LECRIM, ya tratados anteriormente, y dejamos fuera otros posibles casos de registro domiciliario que tienen naturaleza exclusivamente administrativa, que, por cierto, son los que han motivado buena parte de la doctrina constitucional al respecto, como últimamente el previsto en el artículo 96.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE del 27), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que lo permite previo consentimiento del interesado o, en su defecto, mediando orden judicial. Claro es que a la vista de la inconstitucionalidad declarada por la STC 76/1992, de 14 de mayo, del artículo 130 Ley General Tributaria de 1963, reformado por la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que preveía un supuesto parecido, no sabemos qué futuro le espera a esta norma.

Veamos, pues, los dos supuestos antedichos:

A) En caso de estado de excepción o de sitio

El Gobierno, de acuerdo con el artículo 116 CE y el artículo 13.2, a), LEAS, puede solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción, y en esa autorización puede decidir que la inviolabilidad domiciliaria sea suspendida como derecho, al estar contemplada expresamente esta posibilidad en el artículo 55.1 CE.

Si la autorización del Congreso comprende su suspensión, la Autoridad gubernativa, conforme al artículo 17.1 de dicha ley, “podrá disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público”.

Para la ejecución de esta diligencia de investigación en este caso, habrá de estar a lo dispuesto por las LEAS, y particularmente por su artículo 17, del que se destacan los siguientes aspectos:

a) No se requiere ni el consentimiento del interesado, ni la orden judicial, ni entra en juego el concepto de delito flagrante para nada, puesto que sus únicos presupuestos son la declaración del estado de excepción y la orden policial de entrada y registro, expedida por la Autoridad gubernativa (art. 17.2 LEAS).

b) El registro puede ser presenciado por el titular del domicilio, por miembros de su familia, y en todo caso, por dos vecinos, para la Ley importantísimos (art. 17.3, 4 y 5 LEAS).

c) Se levanta acta, a firmar por quienes lo hayan presenciado (art. 17.6 LEAS), y se comunica todo ello al juez cocompetente (art. 17.7 LEAS).

Lo indicado antes tiene igualmente vigencia estando declarado el estado de sitio (art. 32.3 LEAS), sólo que la Autoridad es aquí la militar (art. 33.2 LEAS).

B) Por motivos de seguridad ciudadana

El artículo 21 LSC regula un caso especial de entrada y registro del domicilio propio sin consentimiento del interesado ni mandamiento judicial, cuyo fundamento reside tanto en el artículo 18.2, como en el artículo 104.1 CE (según declara el art. 21.1 LSC).

Esta Ley Orgánica, por cierto, no ha modificado ni uno solo de los preceptos que la LECRIM dedica al tema, particularmente el artículo 553 (recordemos, modificado por la LO 4/1988, de 25 de mayo), que habría bastado, en un correcto entendimiento del tema, para afrontar eficazmente el mal que con este precepto se pretende atajar (el art. 21.1 LSC declara aplicables las disposiciones de la LECRIM sobre esta diligencia).

Presupuestos para que la medida pueda adoptarse son:

1.º Que el delito sea flagrante, que es su causa legítima fundamental (art. 21.2 LSC).

2.º Que el delito flagrante lleve a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Judicial) al conocimiento fundado (convencimiento) de la constancia de que se está cometiendo o se va a cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el CP, pero siempre que su intervención sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito (art. 21.2 LSC).

3.º Que un hecho cause o vaya a causar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad, en cuyo caso no se re-

quiere la autorización de la Autoridad o funcionario que tenga a su cargo el edificio teniendo el carácter de público (art. 21.3 LSC, que regula un caso no estrictamente procesal penal, sino administrativo, al amparo del art. 87.2 LOPJ, basado en el estado de necesidad y admitido en cuanto tal por la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5.º, II).

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están obligadas a remitir sin dilación al JI competente, el acta o atestado que con ocasión de la entrada y registro domiciliario redacten (art. 21.4 LSC).

Obsérvese inicialmente que el derecho a la defensa técnica del artículo 24 CE no queda afectado por la reforma (sería inadmisibles conforme al art. 55 CE), y sin embargo, su reconocimiento en la práctica de la medida iría contra el fin previsto legislativamente.

Pero además, y en nuestra opinión, esta norma plantea tres cuestiones de posible *inconstitucionalidad* que deben ser analizadas. El tema es complejo, sobre todo si se leen con detenimiento las discusiones parlamentarias de la LSC, en donde se observan los malabarismos terminológicos que se tuvieron que hacer para salvar las siempre existentes dudas de inconstitucionalidad.

Los argumentos a favor del no ajuste del precepto a la CE girarían en torno a estas tres consideraciones:

1.º *Por limitar inadmisiblemente la garantía de libertad individual consagrada por la CE:* Dado que el artículo 18.2 CE ya permite entrar en el domicilio sin consentimiento del titular, ni mandamiento judicial, en caso de delito flagrante, y dado que el fin aquí previsto es la protección de la seguridad ciudadana, concepto que no puede limitar la libertad individual del mismo modo que un derecho fundamental limita a otro (véase art. 55 CE), porque la seguridad ciudadana no es un derecho fundamental, según el artículo 104.1 CE y la doctrina del TC (véase SS 107/1985, 7 octubre; 115/1987, 7 julio; y 22/1988, 18 febrero, entre otras), esta norma parece claramente inconstitucional, o, en todo caso, está de sobra (insistimos, véase art. 553 LECRIM), porque debe prevalecer la libertad sobre la seguridad. El Informe del CGPJ al respecto va en esta línea también.

La razón es clara: si el ejercicio de la seguridad ciudadana no es expresión directa de la garantía de libertad, sino una manifestación genérica de control policial, las limitaciones a la libertad personal o a cualquier otro derecho fundamental, como el de la inviolabilidad de domicilio, han de ser excluidas o reducidas a su mínima expresión, y siempre rodeadas de las máximas garantías, entre las que destaca la intervención judicial.

Con otras palabras, y sin que se entienda en absoluto que se discute la legitimidad de la actuación policial: si la protección de la seguridad ciudadana está en función del ejercicio de un derecho fundamental, la garantía de éste está por encima de cualquier otra argumentación.

Es un tema clásico en definitiva el que está en el fondo de todos estos temas: eficacia policial frente a Estado de Derecho, instituido precisamente para tutelar a los ciudadanos frente a los excesos de una eficacia incontrolada de la investigación criminal.

Por esta razón, entendemos que es razonable preguntarse sobre la inconstitucionalidad de la entrada y registro domiciliario por motivos de seguridad ciudadana.

2.º *Por derogar el concepto estricto de flagrancia previsto en el artículo 18.2 CE:* La clave de toda la discusión estriba en el concepto de “flagrancia”, pues es el punto de apoyo de la LSC para ajustarse al artículo 18.2 CE, dado que si no fuera por este anclaje, el ejercicio de la potestad jurisdiccional haría en todo caso imprescindible la intervención judicial en caso de limitación de derecho fundamental no consentida por su titular (art. 117.3 CE). Ello se demuestra también atendidos los cuatro procesos de inconstitucionalidad, bien principales, bien prejudiciales, presentados hasta la fecha (Grupo Parlamentario Popular, Parlamento de las Islas Baleares, Junta General del Principado de Asturias y Audiencia Provincial de Madrid). Desde un punto de vista doctrinal, es además un tema muy sugerente (véase FAIRÉN, quien analiza exhaustivamente todos los conceptos claves en juego en este tema, incluido éste).

El concepto jurídico de flagrancia (derogado el art. 779 LECRIM en 1988, que lo definía), es hoy jurisprudencial, pues ha sido establecido por la STS 29 marzo 1990 (RA 2647), e inmediatamente seguida por la pequeña jurisprudencia que ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la LSC (por ejemplo, SAP Madrid de 21 de julio de 1992).

La STS citada establece tres subconceptos para definir la flagrancia: *inmediatez temporal*, consistente en la comisión instantánea o inmediatamente previa al delito; *inmediatez personal*, por la que el delincuente está allí cometiendo el delito o por su proximidad no hay duda —pruebas irrefutables— de que lo ha cometido; y *necesidad urgente* de que intervenga la Policía Judicial para poner fin a la actuación delictiva, evitar males, y asegurar la persona del sospechoso.

En cualquier caso, resulta claro para la doctrina jurisprudencial citada que se ha ocupado del tema, que el concepto de flagrancia no puede entenderse

más que con carácter retringido, puesto que al quedar afectados derechos fundamentales de los ciudadanos, es el único que cabe dentro del artículo 18.2. Dicho con otras palabras, si la excepción al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio es que el delito sea flagrante, su concepto tiene que ser el que mejor se acomode a la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales, que, como es suficientemente conocido, no admite interpretaciones amplias o laxas en favor de las excepciones.

Lo que sí es evidente es que el TS lo ha hecho demasiado difícil, porque hay un concepto de flagrancia mucho más sencillo y que comprende todo el mundo: el delito es flagrante cuando se comete delante de testigos y a la luz pública, ya que, en definitiva y etimológicamente, es flagrante lo que se quema, es decir, lo que resplandece, lo que es manifiesto, en suma, lo que se ve.

Atendido, pues, el texto del artículo 21.2 LSC, no es nada claro que el concepto de flagrancia sea el estricto, el respetuoso con el artículo 18.2 CE, porque, sobre todo en interpretación conjunta con los demás conceptos utilizados por ese precepto, parece que la mera sospecha (indicios) habilita ya a la Policía Judicial para la entrada y registro, es decir, se puede entrar en un domicilio porque es posible (intuición) que dentro haya, por ejemplo, droga.

Si esto es así, esta segunda duda de inconstitucionalidad es más que fundada.

3.º *Por tratarse de una norma interpretativa que debe ser aplicada por la Policía Judicial, quedando excluida la valoración judicial y provocando inseguridad jurídica:* En relación con los argumentos anteriores, existe una tercera duda razonable de inconstitucionalidad, apuntada por la AP de Madrid en el planteamiento de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, y es la falta de certeza y seguridad jurídica que significa la aplicación del texto cuestionado, ya que en suma su ejecución va a depender de la interpretación que en cada caso concreto hagan los funcionarios de la Policía Judicial, con lo que, además del artículo 9.3, se violaría el artículo 25.1 CE, al ir en contra la incerteza e inseguridad del principio de legalidad penal y procesal, que exige, como es bien sabido, normas terminantes y claras, sobre todo en materia de limitaciones de derechos.

A nuestro juicio es un argumento que tiene, sin embargo, menos valor, aunque refuerza a los otros dos anteriormente expuestos, porque hay muchas normas en el Ordenamiento Jurídico en cuyo sustrato hay cierta inseguridad y no por ello son inconstitucionales, o al menos no lo son claramente. Por

ejemplo, el concepto de alarma social en la fijación de los presupuestos de la prisión provisional (art. 503-2.^a LECRIM).

Pero sí es cierto que la amplitud de la norma y la determinación de quienes han de interpretarla representa, además, una injusticia para el ciudadano honrado, es decir, a aquel a quien protege la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, porque encierra también una aplicación no proporcional de la Constitución, en tanto en cuanto la ejecución de la medida depende de la valoración que haga la Policía Judicial de la flagrancia del delito, de la urgente intervención y de la constancia de la comisión, y no de presupuestos estrictamente establecidos, e igualmente de la proporcionalidad de la aplicación del acto de investigación, que debe guardar relación con la gravedad del delito a perseguir, decisión que debe quedar en manos del Juez, al ser la Autoridad preferente para el conocimiento de la instrucción criminal (véase *infra*).

Nosotros pensamos que si estos argumentos de alguna manera fueran tenidos en cuenta por el TC para declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, lo que creemos realmente muy posible, serviría muy favorablemente para reintroducir en el pensamiento jurídico-procesal español actual la idea de serenidad legislativa, hoy relevantemente descuidada, por un mal entendimiento de lo que debe ser la necesaria reacción de los Poderes Legislativo y Ejecutivo frente a la grave delincuencia que preocupa fundadamente a la población.

Es difícil solucionar los problemas que la LSC quiere, legítimamente, atajar, sin duda alguna, y que además, deben ser resueltos. Pero es muy grave, de cara sobre todo a la propia Sociedad, que se utilicen instrumentos legales que tanto rechazo han tenido ya desde que se anunciaron, por atacar a los valores supremos que reconoce nuestra CE, sobre los que toda la población española está de acuerdo y desea mantener, como expresión viva y sincera del Estado de Derecho, nuestro mejor soporte de convivencia. La prudencia y la serenidad deben marcar otros derroteros, escrupulosamente respetuosos con los principios constitucionales, de manera que ni el más mínimo ápice de duda sobre su ajuste a ella asome. Los primeros beneficiarios serán así el propio Gobierno y el Parlamento, pero quien más lo disfrutará será la ciudadanía, la Sociedad.

Una norma que presenta tan serias dudas de inconstitucionalidad, o que no hacía ninguna falta tal y como aparece redactada, es mejor que desaparezca de nuestro Ordenamiento Jurídico.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Dejando de lado las referencias a la entrada y registro en lugar cerrado en los Manuales al uso (nos remitimos, por todos, a ORTELLS RAMOS —con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER Y MONTON REDONDO—, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, *El proceso penal*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 178 a 185; y a GIMENO SENDRA —con MORENO CATENA, ALMAGRO NOSETE Y CORTES DOMINGUEZ—, *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso penal*, 4.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 323 a 332), y también las específicas de temas colaterales en el tratamiento de esta cuestión, hay que citar, entre la escasa bibliografía que se ha ocupado del tema, y ya algo antigua: MUÑOZ ROJAS, *Acerca de los "registros" efectuados durante el proceso penal*, Pretor, 1977, p. 359; SUAREZ ROBLEDANO, *La salvaguardia y el control judicial de la inviolabilidad del domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones*, en "II Jornadas de Derecho Judicial", Ed. Ministerio, Madrid, 1985, p. 367; varios (Grupo de Estudios de los Secretarios Judiciales de Barcelona), *Algunos comentarios en torno a la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado*, RJCat, 1974, p. 913.

Más modernamente hay que citar: DE ANTONIO, *La inviolabilidad de domicilio y la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*, Tapia, núm. septiembre 1992, p. 79; GONZALEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992; PEDRAZ PENALVA, "Acerca de la diligencia de entrada y registro en el domicilio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 28, de 15 de noviembre de 1991; y SERRANO GOMEZ, "El registro domiciliario sin la presencia del Secretario y sus posibles consecuencias penales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 51, de 30 de abril de 1992.

Es importantísimo considerar las opiniones de FAIREN GUILLEN, *La identificación de personas desconocidas (Comentario al art. 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana)*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; y del mismo autor, *Algunas ideas básicas sobre la "entrada y registro en domicilio" (del art. 21 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero)* (en prensa).

En cuanto a comentarios generales que consideran aspectos tratados en el texto, véase DAMIAN MORENO / GONZALEZ-CUELLAS SERRANO / GARBERI LLOBREGAT, *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Ed. Colex, Madrid, 1992, pp. 149 a 153; y VIVES ANTON, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, tomo II, *La reforma del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 161 a 166.

La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha dictado un Auto con fecha 18 de noviembre de 1992, por el que ha decidido plantear cuestión prejudicial de inconstitucionalidad del artículo 21.1 LSC. Se puede consultar en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 79, de 3 de diciembre de 1992. Respecto a las demás demandas de inconstitucionalidad a las que se ha hecho referencia en el texto, únicamente tenemos noticias por la prensa, sin que nos haya sido posible consultarlas.

La SAP Madrid de 21 de julio de 1992, cit. en el texto, puede consultarse en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 65, de 6 de agosto de 1992.

Es interesante consultar el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 20 de diciembre de 1990, sobre el entonces Anteproyecto de LSC, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 7, pp. 13 y ss.; por lo que afecta a la presencia del Secretario, el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 18 de diciembre de 1991, sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, mismo núm. 7, pp. 87 y 88.

Para el Derecho alemán, véase GOMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 121 a 123, con la bibliografía y legislación allí citadas.

Para el Derecho italiano, véase CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice* (2.^a ed.), Ed. Utet, Torino, 1990; y, en español, VILLAGOMEZ, *El nuevo proceso penal italiano*, Documentación Jurídica, tomo XVI, núm. 61 (enero-marzo 1989).

